

実行行為性の認識に関する符合判断について

清水 晴 生

一 序
二 学説
三 判例
四 結語

一 序

1

仙台高裁平成一五年七月八日判決（判例時報一八四七号一五四頁）は、いわゆる「早すぎた結果発生」にあたる事案に関して、興味深い内容の判断を示した。この点に関連する限り、高裁の裁判官らが認定した事実関係は、概ね以下のようなものである。

被告人らのうち、実行役であつた四名は、すでに被害者を殺害する意図を有した上、その殺害の方法として、事故死

を装うため、被害者を自動車に乗せたまま水中に転落させて溺死させる計画を立て、その転落させる前段階として、被害者を拉致して自動車に乗せ、転落場所まで運ぶに当たって、被害者が抵抗できないようにするために、被害者にクロロホルムを吸引させて意識を失わせることを企てた。殺人実行の当日、うち三名は、外出した被害者を待ち伏せして、被害者の車への追突事故を起こし、示談交渉を装って被害者を自分達の車に招き入れて、車内でクロロホルムを染み込ませたタオルを背後からいきなり被害者の口に押し当て、引き続きしばらく押し付けてクロロホルムを吸引させ、被害者を失神させた。三名は被害者を自動車ごと転落させる場所を、当初の山形県内の最上川の河岸から、近くの宮城県内の石巻港へと変更し、意識を失った状態にいる被害者を自動車に乗せて、拉致した場所から二キロメートルほど離れた石巻港まで運んだ。石巻港の埠頭において、駆けつけたもう一人も加わり四名で、依然意識を失った状態にある被害者を自動車の運転席に座らせて、自動車を押して岸壁から海中に転落させた。しかし、クロロホルムの多量の吸引によって、呼吸停止ないし心停止、窒息死、ショック死あるいは肺機能不全が引き起こされ、人が死亡する可能性があるところ、被害者の死因は、海中での溺死かクロロホルム吸引による死亡のいずれかではあるが、そのいずれであるかは特定されなかった。

被告人らには、クロロホルム吸引による死亡ということの、可能性の認識すらなかったため、クロロホルムを吸引させる行為について、被告人らに殺人の「実行行為性の認識」があつたか否かが、殺人の故意の内容として問題となる、とされる。

すでに一般にも認識されているように、このような文脈において、殺人の故意の内容として問題とされる「実行行為性の認識」とは、いわゆる行為の因果認識のことにほかならず、もちろん本案でも、そのような意味において論究さ

れている。

このように問題設定をした上で、判旨は以下のような論証を展開した。即ち、被告人らにとって、クロロホルムを吸引させる行為は、自動車ごと海中に転落させるその場所まで被害者を運ぶための手段であつたと同時に、転落させた後、脱出できずに溺死に至らしめるという、「予定した直接の殺害行為を容易にし、かつ確実に行うための手段にもなる」ものであつたと推察される（現に失神状態を利用して、予定した殺害行為は行われた）。クロロホルムを吸引させてから転落させるまで、仲間を待つていたために、約二時間の経過ということはあつたものの、吸引させた場所と海中に転落させた場所とは、車で約二キロメートル余り、走行時間にして数分程度の距離と、「比較的接近している」ことから、この推察は裏付けられる。後から加わつた相被告人についても、当初転落を予定していた場所が遠方であつたことから、そこに着くまでに意識が回復する可能性があり、その場合には用意したロープで縛ることを考えていたとはいつても、「ロープを使うよりもクロロホルムを使用するほうがたやすいことからしても」、運ぶ途中に意識が回復した際に、再度クロロホルムを使用したり、転落させる際にも抵抗を封じるために改めてクロロホルムを使用することを予想していたと推察できる。従つて、被告人らはいずれも、「クロロホルムを吸引させる行為について、それが予定した殺害行為に密着し、それにとつて重要な意味を有する行為であると認識」しており、殺人の実行行為性の認識に欠けるところはないというべきであるから、クロロホルムを吸引させる行為は、「予定した殺人の実行行為の一部をすでに成すとみなしうる」行為であり、被告人らのうちの三名がクロロホルムを吸引させる行為を行ったということをもって、殺人の実行行為があつたものと認定できる。なお、すでにクロロホルムを吸引させる行為により死亡していたとしても、それはすでに実行行為が開始された後の結果発生に至る因果の流れに関する錯誤の問題に過ぎない、と。

更に、弁護側の一部上告に対しては、最高裁判平成一六年三月二二日第一小法廷棄却決定において、なお書きとして、大要以下のような見解が示された。即ち、多量のクロロホルムを吸引させる行為は、客観的にみれば、人の死に至らしめる危険性の相当高い行為であったこと。また、①実行犯らの計画によれば、第一行為（クロロホルムを吸引させる行為）は第二行為（海中に転落させる行為）を「確実かつ容易に行うために必要不可欠なもの」であり、②第一行為に成功したならば、「それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかった」と認められ、③第一行為と第二行為との間には、時間的場所的近接性があつたといった三点に照らせば、第一行為が第二行為に密接な行為であり、実行犯らが第一行為を開始した時点で既に、殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において、殺人の実行の着手がある。また実行犯らは、第一行為から第二行為へと至る一連の殺人行為に着手し、そしてその目的を遂げたものであり、たとえ実行犯らの認識と異なり、第二行為の前の時点で被害者が第一行為によって死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはない、と。

2

高裁と最高裁の論旨は、一見ほぼ共通しているように見える。同じような方向を目指すものであることも間違いないだろう。しかし最高裁があえて言葉を尽くしたのは、高裁の立論に不十分さを認めたために外ならないと思われる。次に両者の論証の微妙な異同に着目してみたい。

まず、高裁の論証の大きな流れは、第一、第二行為間の場所的近接性などからして、行為者らには、両行為が密着し、前者が後者を容易かつ確実にするものであり、その意味で前者は後者の成否を左右するほど重要な意味を有するもので

あるとの認識、いわば両行為が一体のものであるとの認識があつたことが認められる。そしてそのような認識の下に行爲実行が開始された以上、実行行為性の認識に欠けるところはない、としたものであつた。

これに対して、最高裁の論旨の流れは次のようなものである。最高裁はまず、第一行為が人の死の結果を発生させる客観的危険性の相当高い行為であつたことを、認定事実として明確に確認する。その上で、行為者らの行為計画については、第一行為が第二行為を確実かつ容易にする必要不可欠なものであり、また両行為の間には特段障害となるような事情が認められないとした。更に、再び行為の客観的側面に目を移し、第一、第二行為の「時間的場所的近接性」も認定している。そして、以上に照らすと、実行犯三名が第一行為を開始した時点で既に、殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められ、その時点で既に殺人の「実行の着手」があり、そしてまた、その目的を遂げている以上、因果の流れに錯誤があつたとしても、殺人の故意に欠けるところはない、としたのである。

双方の論証に共通する第一点は、まず両者とも、行為者らが第一行為及び第二行為について、行為の一体性の認識、一体的行為としての認識を有していることを認定している点である。高裁はこの点を、クロロホルムを吸引させる行為は「予定した直接の殺害行為に密着し、その成否を左右する重要な意味を有するもの」であるといい、両行為間の場所的な近接性も、被告人らの右認識を裏付けるものとした。

最高裁も同様に、殺害計画上、前者は後者を「確実かつ容易に行うために必要不可欠なもの」だつたと認定する。しかし最高裁はその裏づけとして、殺害計画上、両行為間に「障害となるような特段の事情が存しなかつたと認められること」は挙げているが、「時間的場所的近接性」については、行為の一体性認識の内容としてというよりも、行為の客観的な一体性そのものについての認定であるように読める。クロロホルムを吸引させる行為それ自体の、死の結果発生

の危険性の高さの明言の外、この点でも最高裁は、高裁の論証と比べて、客観面での行為の一体性、客観的に認められる両行為の密着性を注視し、説明を尽くそうとしている。

共通点の第二点は、いずれも、本事実の問題性を、因果経過に関する十分な認識の有無の点に見出しながら、その解決が、実行の着手の有無と不可分に論じられていることである。両論点が不可分に関わり合うことについては、既に認識・指摘されてきた。この点、高裁の論証は興味深いもののように思われる。高裁の立論は、クロロホルムを吸引させる行為そのものの相当の危険性をまず認めた最高裁のそれとは異なり、むしろその後の海中へ転落させるという直接の殺害行為との一体性をもって、全体として一つの実行行為を認定するというものであったといえる。そして実行行為の一個性を画定するに際して、行為者表象を単にその手がかりとするという程度にとどまらず、その内容の認定をほとんど唯一の論拠として、全体として一個の実行行為があったことを認めているのである⁴⁾。

これに対して最高裁の論旨の展開は、まず、第一行為の、人を死に至らしめることについての、相当高度の客観的危険性を認定した。更に、被告人らの行為計画上の、第一行為が、第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠のもので、両者間に障害となる特段の事情もなく、また客観的な時間的場所的近接性も考え合わせると、両行為が密接なものであること、より正確には「第一行為は第二行為に密接な行為」であることが認められる。これら二つの認定を総合することにより、つまり、客観的危険性の相当高い第一行為と、その後の第二行為とが密接なものであるといえることにより、第一行為の開始時点に、殺人の実行の着手があったと解することができる。以上が最高裁の示した、実行の着手の時期に関する判断の組み立てであった。

ここまでやや詳細に、高裁と最高裁それぞれの立論の組み立てについて確認してきた。そこからわかるように、高裁が行為の一体性について述べ、しかもそれを行為者らの認識から基礎付けたのに対して、最高裁はより慎重に、第二行為と一体とされる第一行為自体の、死に至らしめる高度の客観的危険性を強調し、また、両行為の客観的な密接性にも言及した上で、錯誤の重大性を否定しており、高裁のように、実行行為が認められる時点で実行行為性の認識があった以上、その後の齟齬は「すでに実行行為が開始された後の結果発生に至る因果の流れに関する錯誤の問題に過ぎない」と切って捨てたりはしていない。

また最高裁が、第一、第二行為の密接性に関して、高裁が挙げた、計画上の第一行為の必要不可欠性、及び両者の場所的近接性に加えて、「第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で、障害となるような特段の事情が存しなかった」点を、あえて言い添えていることにも注目すべきである。蓋し、高裁がいわば実行行為性の認識論によつて、その後の齟齬は「すでに実行行為が開始された後の結果発生に至る因果の流れに関する錯誤の問題に過ぎない」と切り捨てたのに対して、最高裁は、第一行為と第二行為との連続が、客観的にも場所的に近接した形で、また主観的にも両行為間に特段の介入事情が予定されないという形で、同様に認定することができ、その意味で最高裁は、実際に行われた行為の経過と行為計画との間の符合性を考慮したもの（あるいは高裁以上にその点を明示すべきものとした）と見る余地がある。

またそうであるからこそ、逆に、第一行為の意味に関する、事実と認識との間の齟齬をどこまで軽視することが許されるのかといった点について、検討が必要となろう。

以上のような分析を本稿の端緒として、以下、表題のテーマに関して、若干の検討を加えたいと思う。

(1) ここでいう「客観的な危険性」には、無論、行為者が行為計画上、「第一行為は第二行為を確実に行うために必要不可欠なもの」で、また両行為間には、殺害計画遂行上の「障害となるような特段の事情が存しなかった」といった主観的事実の存在が加味されていることは間違いないだろう。そうした判断が正当なものであるかはまた一つの問題である。

(2) 最高裁が述べる、この両行為の「時間的場所的近接性」には疑問とすべき余地が残る。高裁は「クロロホルムを吸引させた場所と海中に転落させた場所は、自動車の走行距離で約二キロメートル余り、走行時間は数分程度しか離れておらず、比較的接近している」、「なお、被害者にクロロホルムを吸引させた後、岸壁から海中に転落させるまで約二時間経過しているが、これは被告人Bが駆けつけ加わってから転落行為を行おうとしたため、同被告人の到着を待っていたためであって、被告人ら三名は、クロロホルムを吸引してから被害者を自動車で運んで間もなく転落させる場所に着き、被告人Bの到着を待っているが、その間、被告人ら三名の考えが変わることはなかった」と認定しているが、これを読む限りでは、高裁は「自動車の走行距離で約二キロメートル余り、走行時間は数分程度しか離れていない」との意味において、「場所的近接性」は正面から認めているが、「時間的近接性」についてはむしろ消極的な態度であるように思われる。「走行時間は数分程度しか離れていない」というのも、後の二時間の経過の認定と合わせて読む限り、走行時間が短く、従って距離にしても近いという「場所的近接性」の意味での認定にとどまるものと読み取るべきであろう。そしてこの高裁の感覚はむしろ正しいと思われる。確かに、午後九時半から午後一時半という深夜の港での時間経過であったという点、また本案では、多量のクロロホルムを吸引させたことで、被害者が意識を回復することがなかったという点はある。しかし本案におけるように、「直接の殺害行為」と、それを容易かつ確実にする「手段たる行為」との密着性、一体性が問題とされ、それにより実行の着手の時期を前倒しするかが検討されている場面にあつて、また他方、因果経過に関する認識の点においても、錯誤は重要なものではなく、十分な符合が認められるといえるか否かが論じられる場面に際して、クロロホルム吸引による効果が切れるかもしれないという中で二時間の時間経過を軽視することはできないように思われる。場所的な近接性など、それ以外の、行為の一体性を積極に解することに資する事情と総合して考慮する中で、結論として、両行為の一体性や、因果認識としての十分な符合を肯定するというならば理解可能であるが、最高裁のように、この点を重視せず、二時間の待ち時間の経過があつても、「時間的場所的近接性」を正面から肯定していることには、疑問を呈さざるをえない。これに対して高裁は、この二時間の経過に関して、そのような事情はあつたが、「その間、被告人ら三名の考えが変わることはなかった」から、密着した行為であるとの被告

人らの表象は損なわれないとわざわざ述べて、因果表象に変化がなかったことを確認しているのである。このように、時間的近接については慎重な認定を施した上で、なお他の事情を考え合わせることによって、両行為の密着性を肯定するという立論・態度が、むしろ正当ではないか。

(3) 山口厚『問題探求刑法総論』一三〇頁以下、一四〇頁、鈴木左斗志「実行の着手」西田典之・山口厚編『刑法の争点 第3版』八九頁、西村秀二『早まった結果惹起』について「富大経済論集四六巻三三三頁以下、石井徹哉「殺人罪における実行行為と因果関係の逸脱」現代刑事法二〇〇二年一〇月・四二九頁一頁以下参照。

(4) 故意ないし行為計画における行為画定を基準に故意帰責範囲が限定されなければならないことについては、拙稿「正犯に客体の錯誤がある場合の教唆犯の擬律に関する一考察」東北法学二二二七頁註(3)も参照。

二 学説

1

本件のような、いわゆる「早過ぎた構成要件の実現」とも呼ばれる事案が、これもまた因果関係の錯誤の問題の一つとされ、第一行為により結果が発生してしまった後に、尚第二行為が行われた場合でも、「第一の行為と第二の行為を一体化して殺人既遂罪が認められるべきである」とする、いわば判例の態度に対する肯定説がある一方で、これに批判的な論を展開する立場もまた、学説上有力といえる状況にある。

以下では、判例の状況を検討する前にまず、それら反対説の状況について、若干の検討を加えておきたい。

右に見てきたように、判例が故意既遂犯を肯定する立論にも一定のニュアンスの差が見てとれるが、いずれにしても、故意既遂犯を肯定する判例の態度に批判的な見解であるとすれば、それは間違いなく、端的に言って、「現実の事象が、

行為者の立場から見ても、『結果発生⁽²⁾の予見のない行為』が実現したものと「言える」と、本件のような事例において判断するものということになる。

例えば、通常の因果関係の錯誤や、いわゆる「ウェーバーの概括的故意」事例に関しては、「同一の結果に向けられた因果経過の相違は構成要件の評価の上で重要ではなく、同一の構成要件の結果の実現に向けられた故意があり、実際に生じた因果経過が相当因果関係ないし客観的帰属関係の枠内にある以上、実際に生じた構成要件該当事実についての故意を肯定することができる」、「因果経過自体が法律上特定されていない場合には、因果経過はいかなるものであれ同等の意義しか有しないと解することができる」としながら、「早すぎた構成要件実現」の場合については例外とし、⁽³⁾ 及禁止の考え方により、「結果を直接惹起する（有責な）故意行為を留保・予定している段階の行為者については、それ以前の行為から直接結果が発生した場合、相当因果関係の認識を欠き、故意が否定されることになる」と解する他ないように思われる」として、せいぜい「すでに既遂の具体的危険が客観的に発生したとされる場合に」未遂が成立しうるにすぎないとする見解がある。⁽⁴⁾

論者がこのいわゆる「早すぎた構成要件実現」に関してのみ例外とする論拠として、明確に述べているのは、「美術館に展示中の花瓶を館外に持ち出した上破壊しようとして、花瓶を動かそうとしたところ、落としてしまい、その場で壊してしまった」という事例に関しては、「花瓶を動かそうとした段階でも、自己のさらに行われるべき行為により花瓶を破壊する意思・予見が存在することは否定できない」ものの、「花瓶を動かそうとしてその場に落とし、壊した場合、器物損壊罪の故意を認め、その成立を肯定することは結論において適当でないであろう」という率直な、結論の具体的妥当性に対する認識である。⁽⁵⁾

確かに、故意行為の介入が予定される場合には、相当因果関係の認識が欠けるとの認識は理解しがたいものではなく、また明確な限界といえなくもなからう。^⑤しかし他説を批判するに際して、「扱いを異にする理論的根拠」を厳しく問うている^⑦にしては、右の区別の根拠がいかなる意味で理論的に根拠付けられているといえるのかは疑問が残る。

2

より実質的な検討を加える論者もいる。例えば、被害者をまず刺し殺そうとし、次に出血死を待ち、その後更にガス中毒死させようとして、ベランダの手すり伝いに隣室に逃げようとした被害者を連れ戻すため、掴まえようとして転落死させたという、いわゆる「ベランダ墜死事件」^⑧に関して、次のような検討がなされている。

まず、この「一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいいい難い」被害者を掴まえようとした行為について、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為までの一連の行為中、殺意が継続していた上、その掴まえようとする行為が、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であることから、これを殺害行為の一部、即ち殺人の実行行為と解しうるとした判例・学説の立場を批判する。^⑨

曰く「このような段階で、法益侵害の高度の蓋然性があるとして、殺人罪の実行行為を認めてよいかは疑問がある。本件事案で、被告人が被害者を取り押さえ、居間へ再び連れ戻したとしても、ただちにガスが充満して死亡するわけではない」、「今度は、被害者を拘束して逃げないようにしたりすることもあり、そうしなくとも、目張りをするなど密室状態を作出したり、ガス栓をひねったりするなどの行為がなお必要であり、ガスを充満させる行為との間の時間的接性があまりないのではなからうか」と。従って、そうした着手時期の前倒しが可能なのは、「段階的行為から直接の結

果惹起行為への移行がほぼ自動的になされる場合だけ」であり、「部屋を密室にしてガスを充満させようという行為の直前に実行の着手を認めるべきであろう」という。

その上で更に、「具体的内容は異なるものの殺意が継続していた」という程度の意味に一般化・抽象化された内容の認識、いわば単なる結果発生の意欲ないし願望が付加された事実認識をもって、故意として十分とされていたのに対し、それでは「客観的な行為・結果と責任との実質的な関連性が希薄化してしまい」、「実質的に責任を基礎づけるのに十分ではない」、「自己の行為のもつ危険を具体的に認識することが必要」というべきであるとする。

まず、実行の着手の前倒しの点に関しては、確かに論者が指摘するように、ガス中毒死に至るまでには、尚なされるべき行為が少なくなく、掴まえようとする行為とガスを充満させる行為との接着性もそれほど強いものではない（実際、被害者転落後、窓を密閉しガス自殺を図り、これに失敗している）。判例も、天然ガスにより中毒死させようとした事案において、「約四時間五〇分にわたって都市ガスが漏出させられて室内に充満し」、発見者がドアなどに内側から目張りがされている状況等を見てガス自殺を図ったものと思つたなど、一般人が「死に致すに足りる極めて危険な行為であると認識」しうる状態をもって、「人の死の結果発生の危険が十分生じうるものであることは明らかな、人を殺害しようとする行為、即ち殺人の実行行為を認めている。^⑩」ここでも、被害者らを部屋に寝かせた行為をもって、中毒死させようとする行為の着手を認めるとすることは困難であろう。

もっとも、右ペランダ転落死の事案で判例は、刺突行為後に包丁を流しに戻した時点や、出血死を待つべく、玄関から逃げようとした被害者を連れ戻した時点で、それぞれ殺害行為の中断を認めているわけではなく、むしろ全体が一連の行為であると認定している。連れ戻そうとして掴まえようとする行為と、ガスを充満させる行為との間の時間的な接

着性は、必ずしも強いものではないものの、刺突行為から、出血死を待つべく玄関から被害者を連れ戻して自己の支配下に置いた行為と、更にガス中毒死させるべくベランダから引き戻そうとして掴まえようとする行為まで、これらは相互に関連し合っており、先行する行為の結果ないし効果を受けて後の行為が行われ、相互間の時間的接着性も密であり、間断なく、連続的に、いわば前後の行為が部分的に重なり合うような形で行われているといえなくもない。確かに最後の、ベランダにおいて掴まえようとした行為は、専らガス中毒死させるために行われたものであると認定されており、その意味では、それ以前の行為と一体的に捉えて、実行の着手時期を安易に前倒しすることは厳に慎まなければならない。但し、論者も主張しているように、「段階的行為から直接の結果惹起行為への移行がほぼ自動的になされる」ような場合に限っては、直接の殺害行為より以前の段階の行為に実行の着手を前置することも許されないではない。「移行がほぼ自動的になされる」という基準がやや文脈を限定しすぎているとすれば、論者が別の箇所で述べているように、「移行が速やかである」ことが、その根拠とされうるであろう。¹¹⁾

ベランダ転落死事案で、右の意味での直接的な連続性が存在するかを検討してみると、控訴趣意は、被害者の傷の程度が乳頭部以外は軽傷で、乳頭部も創傷は深部に達していなかったと対して、高裁は、被告人の握力が弱かったことなどから、致命傷を負わせるには至らなかったものの、執拗かつ相当強度の、多数回にわたる刺突行為により、多数の防御創を負わせたことを認定している。更に原審の認定によれば、被害者の受傷部位とその程度は、「左乳頭部、胸腹部には五か所の刺創ないし刺切創があるほか、両手掌部、両上腕部には多数の防御創がある。いずれの刺創もその深さはさほど深いものではないが、右前腕部の創傷は皮下内部の組織が見える状態となっている」というものである。¹²⁾次に、玄関を開けて外に逃げようとする被害者を居間に引き戻し、血だらけになってグッタリしていた被害者を「自己

の支配下に置いておけば出血多量により死に至るもの」と思つて、ソファに座らせておいた行為。更には、既に血を多量に流し、腕を怪我して中の肉が赤く見えているむごたらしい状態になつてた被害者を、とにかく部屋の中に連れ戻して、ガス中毒により一緒に死なせようとした行為。これらの行為相互については、その移行がほぼ自動的になされるところではないえないものの、その時間的な接着性、手段としての連続性・相互的関連性という意味では、複数の種類の殺害行為が連続的に、ほぼ一体のものとして行われた（しかも各態様それぞれについての認識も存在した）という理解も、必ずしも、明らかに不合理なものとはではないように思われる。

論者が実行の着手を認めるべきという、「部屋を密室にしてガスを充満させようという行為の直前」というのは、具体的には、少なくとも窓やドアを締め切り、被害者を拘束するなどしてその移動の自由を制限した上で、今やガスの元栓を開放しようとする段階、あるいは既に開放されている元栓とガス器具とを接続するホースを引き抜くなどの行為が、今まさになされようとしている時点ということとなる。他方で、実行の着手にいう「法益侵害の高度の蓋然性」については、一定の範囲での類型化・一般化を免れない部分があり、ここでも、目張りがなされていなければ、ガス中毒死による殺害行為の着手となしえないとは、必ずしもいえない。そうであれば、仮に、被害者をベランダから引き戻し、窓を閉め切った後、被害者を捕まえたままガスの元栓を開放した時点で、ガス中毒死させる行為による未遂結果発生段階に達したかは別としても、少なくとも着手は認められなくてはならない。このように考えられるとすれば、その着手の段階が、窓を閉め、元栓をひねるという、直後の短時間に可能な簡単な行為の前段階である、引き戻そうとして掴まえようとした行為の時点で認められることは、それほど不合理なものとして批判されるべきものとはではない。というのも、被害者はそれ以前の被告人の行為によつて、相当程度の攻撃を受け、隙を見て逃げようとするも連れ戻されるな

どしており、ある程度抵抗する気力や体力が減弱された状態にあったということもいえる。また尚、被害者を拘束するなどの行為の必要が予想されるとしても、それらは元栓開放後、いわば着手後に必要とされる継続的行為と考えることも不可能ではないと思われる。

確かに、早すぎた結果発生の事案では、未遂結果も含め、結果の発生により実行行為の危険性が実証されてしまうことにより、着手時期の前倒し、いわば早すぎた実行の着手まで認められてしまっている現状が看取され、実行の着手の存否が厳格に認定される必要のあることは言を待たないが、一方で、早すぎた結果発生・構成要件実現のケースでは、当然ながら、結果発生を予定した行為以前の行為に、結果を引き起こすに足る相応の危険性が認められる場合が少なくないのである。この点で、実行行為性の存否判断に、妥当な結論を導くための限界づけ機能を負わせることには、自ずから限界があろう。それゆえ、行為者の認識を問題にすべき余地が考慮されることとなる。¹³⁾

論者は、形式的な、せいぜい「殺意としては同一」という程度に一般化・抽象化された、いわば構成要件結果発生の願望を伴う事実認識といった程度のものをもって、故意として十分とするのでは、「客観的な行為・結果と責任との実質的な関連性が希薄化してしまい」、「実質的に責任を基礎づけるのに十分ではない」、従って「自己の行為のもつ危険を具体的に認識することが必要」だとする。

私見もこの意見に賛成するものであるが、実行行為性の存否において論じられた、複数の行為間の直接的連続性について、むしろこの、認識を問題にする段階で考慮すべきではないかと考える。

故意行為中に過失的に引き起こされた介入経過によって、元々意図されていた結果が生じた場合、その介入が、まずありえないというほど異常なものでなかった限り、当該故意行為に出た以上、故意行為者がその結果発生 of 責任を負うべきとするのが、いわばここまで見てきた判例と、それを支持する学説の立場である。そこには、当該故意行為に出るべきではなかったと当然要求してよいという形式論理があり、可能な限り責任に見合う非難がなされるべきといった責任主義を実質化していかうとする意思是存在しない¹³。しかし論者が指摘していたように、殺意としては同一という程度に一般化・抽象化された、単なる結果発生 of 意図・願望を伴う事実認識をもって、故意として十分なものと解すべきではない。むしろ逆に、故意責任というに足りる、十分に具体的な心理的態度が認められなければならない。その意味では、事實的因果経過と因果表象との間に、「どちらともまずありえないという異常性の枠外にはない」という程度以上の、ある程度十分な符合というものを、類型に即しつつ、尚個別的にも、要求していくべきである¹⁴。そうでなければ、いったんは毒を飲ませ始めたが、致死量には足らず、買い足すために急いで車を走らせて死亡事故を起こしたという場合も、着手後、殺意を継続したまま、一連の密接な行為の一部により（法定上同種・同等の客体において）目的を遂げたとして、結果を故意に帰属することが可能となってしまうだろう。

十分な符合があるといえるために、具体的に要求されるべき認識内容のうち、特に、いわゆる実行行為性の認識というものを、それとして個別に扱うということにも、少なくともこの早すぎた結果発生の場合などのように、事案類型的な考慮を進めるにあたっては、意味があるともいえよう。ここでは特に、行為が複数の段階にわたる場合に、相互の行為段階の間に、単なる密接性や必要不可欠性のみならず、「移行が速やかである」という意味での直接的な連続性まで

認められるか（認められれば、行為の一体性も認められ、一体的行為に関する事実と認識との間の符合を問題にしうることになる）、また、それとも関連して、行為の中断状態（を制御していること）が、前後の行為にとって、連続性を害するか否かなど、いかなる意味を有しているかといったことが、問題とされうる。

そしてまた、そのような実行行為性の認識の存否に関して特化されない、符合判断の内容としては、行為の始期・終期や、原因形成過程かまたはその作用・効果発生の過程かといったことを含め、あるいはより一般的に、態様・性質上の類似性などといった、いわば行為像としての符合の程度が問題となり、また介入経過の予見可能性の程度もまた問題とされるべきである。

右のような考慮を、具体的な事案にあてはめてみるならば、例えば、右に見てきたベランダ転落死の事案に関しては、刺突行為以降の、居間に留め置いて出血死を待つ行為を経て、ガス中毒死のために室内に引き戻そうとする行為に至るまで、時間的にも接着した中で、いわば直接的な連続性を保ったまま、一連の行為が一体として行われた、また一方、実際の経過に従って具体的な内容に変遷はあるものの（特に刺突行為以後の殺意の認定は、やや一方的な感がある）、それでも尚殺害結果発生の予見を伴う事実認識を有していた中で、それらの行為が行われていたと見る余地がある。その意味では、直ちに、殺害結果発生の予見のない行為から当該結果が発生したとは、必ずしもいえない具体的事案であったように思える。しかしながら、更に、その客観的な因果経過と行為者の因果表象とを比較してみると、行為者が想定していたガス中毒死させるという行為と、ベランダから転落させての外傷性ショックによる死亡という行為とは、一般的な経験的観察に照らして、あまりにもかけ離れた行為態様であるといわざるを得ない。ベランダの手すり上にいる人に掴みかかったことで、相手を転落させてしまったという経過自体は、異常なものとは認められないものの、その掴み

かかった行為の主観的な殺害意図の内容というものは、転落死させようというのではなく、むしろ逆にその状況から相手を引き戻し、室内でこれからガスを充滿させ、ガス中毒死させるといふものだったのである。このような齟齬を等閑視し、殺害故意継続下の行為により発生した、同一客体における同じ殺害結果であるから、あるいはその齟齬が相当因果関係の範囲内にあるからといって、既遂結果は「故意に惹起された」として、殺人既遂の責を肯定すべきではない。¹⁷⁾

(1) 大塚仁『刑法概説(総論)』(第三版) 二一〇頁註(一五)。

(2) 鈴木左斗志「方法の錯誤について」金沢法学三七卷一号一六〇頁。

(3) 山口・前掲一三一頁以下。論者は、「AはBを刃物で刺殺しようとしたが、かすり傷を負わせたに止まったところ、Bは実は血友病患者であつたために出血多量で死亡した」という血友病事例と、AがBを苦しめないように心臓を狙って射殺しようとしたところ、心臓を外れて腹部に命中し、出血多量で苦しんで死亡した事例とを、前者は殺人未遂(過失致死)、後者は殺人既遂と異なつて取り扱うことには、「前者の事例の方が、後者の事例より、予見内容と実現内容の食い違いが大きいとはいえるかもしれないが、両者の扱いをことにする理論的根拠があるかには疑問があり、従つて、故意の成否の限界線をいかにして引きうるかは不明である」とする(同二三〇、二三三頁)。そこでいう「理論的根拠」の意味は定かでないが、心臓への命中との代わりに、腹部への命中という因果経過が介入する予見可能性と、刃物での刺殺という経過の代わりに、血友病患者であつたため、かすり傷により出血多量で死亡という経過が介入する予見可能性との間では、その食い違いの大きさの程度、予見経過と実際の経過との間の、態様における異同という点でも、理論的根拠とするに足りないとは思われない。また限界の明確性如何も、因果認識という問題の性質からして、必ずしも決定的なものとはいえない。

(4) 山口・前掲一四一頁以下。

(5) 山口・前掲一四一頁。

(6) しかし、石井・前掲九四頁は、実質的な根拠づけが明らかでないとする。同「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌一五卷一―二号三二頁も参照。また、早すぎた結果発生に関しえば、未遂故意とは異なる既遂故意を認めるためには、まさにその行為から結果が発生するとの意思あるいは認識が必要であるとする立場が有力に主張されており、これらの限界は確かに明確である。町野朔「因果関係論と錯誤論」北海学園大学法学研究二九卷一号二三〇頁は、「故意は単なる認識に尽きるものではなく、その認識に基づいて結果

- を発生させるという意思でなければなら」ず、故意既遂犯を肯定するためには、「既遂結果を意思するという心理」が必要だとして、いわゆる早すぎた結果発生における故意既遂犯の成立を否定する。宮川基「条件付故意について（二・完）」法学六三卷四号五七六頁も、既遂犯の故意を認めるためには、行為者は、「結果惹起のために必要と思われること全てをなしたということを確認していなければならない」とする。西村・前掲六五四頁以下も、故意既遂を肯定するためには、「現に行っている自己の行為から直接結果が発生しうるとの認識が行為者に必要とされる」という。しかし限界は明確であるとしても、一分間首を絞め続けられ死ぬだろうと思つたら、一杯めで死亡していたという場合では、やはり妥当な結論に至り得ると思われない。山口・前掲一四一頁以下も、右の論者らの主張と実質的に同旨の見解であり、同じ批判が妥当する。町野・前掲二二八頁、及び西村・前掲六五四頁は共に、複数の行為が認められる場合に、一体的行為ないし故意を認めることは、明らかなフィクションで許されないとするが、右の不都合は、その許されないフィクションの限界こそが問題であることを看過していることに起因している。
- (7) 山口・前掲一三三頁以下。石井・前掲・現代刑事法九四頁、九六頁註（二一）参照。
 - (8) 東京高判平成一三年二月二〇日判例時報一七五六号一六二頁。拙稿・前掲二二三頁以下参照。
 - (9) 前掲・東京高判一六五頁。石井・前掲・現代刑事法九二頁以下、同・前掲・奈良法学会雑誌六頁以下、九頁以下参照。
 - (10) 岐阜地判昭和六二年一〇月一五日判例タイムズ六五四号二六一頁。
 - (11) 石井・前掲・現代刑事法九二頁、同・前掲・奈良法学会雑誌七頁参照。同三七頁も、スパナで被害者を殴つた後、列車から放り出したという列車転落事例に関して、行為者が被害者を「意識喪失後すぐに列車から放り出し」たことをもつて、スパナでの殴打という意識を喪失させる行為について、殺人の未遂の危険が実現可能であるとしている。
 - (12) 前掲・東京高判一六七頁。
 - (13) 西村・前掲六四〇頁以下参照。
 - (14) 山口・前掲一三七頁。
 - (15) 拙稿「近年のドイツにおける客体の錯誤と方法の錯誤とを巡る議論の展開について（二・完）」法学六六卷五号五七三頁以下参照。
 - (16) 拙稿・前掲・東北法学二二七頁註（三）参照。
 - (17) 石井・前掲・奈良法学会雑誌三六頁以下、拙稿・前掲・東北法学二二四頁以下参照。

三 判例

1

早すぎた結果発生に関する著名な大審院判例で扱われたのは、次のような事案であった。¹⁾

実行犯は、被害者を墜死させる意図で、崖下の川へと突き落とした。そしてその生死を確かめるべく崖を降りていくと、崖の中腹に引っかかっていた被害者が、頭部や顔面に傷を負い、意識不明で、もはや到底死を免れないと思われる状態で打ち伏しているのを発見した。そのままにしておいても、しばらくすれば自然と崖下の川へと転落して死亡すると思われる状態にあったところ、実行犯は、自ら過って転落した被害者を助けるべく下りてきたと仮装するため、被害者の体に手を掛けて支えてみた（じきに死ぬと思い、引き上げようとしたのか、単に落ちないように支える風を装っただけかは判然としないが、しかし突き落とすつもりはなかった）。すると、被害者の体が崖下に落ちていきそうになり、しかも実行犯までがそれにつられて転落しそうになった。実行犯はその現在の危難を避けるべく、掛けていた手を離し、その結果、被害者は意識不明のまま、崖下の川に転落し、まもなく溺死した。

本事案の実行犯の意図は墜死というものであったが、それは崖下の川へ突き落としての墜死ということであるから、溺死を含めての墜死の意図であったということもできる。本事案で特徴的なことは、実行犯が、既に結果が発生したとの認識には未だ至っていないものの、既に行為の実行自体は終了し、結果惹起に十分な作用を与えたとの認識を既に持った後に、より直接的に結果を惹起することとなる別の経過（第二行為）が介入したという点である。

本事案における第一行為と第二行為との連続性については、時間的・場所的な接着性は認められなくはないものの、

相互に関連し合つて結果発生へと至るといった内容のものではない。実行犯の認識においても、第二行為はなんら、結果の惹起を導くべく予定された行為の一部ではない。右の意味において、行為の一体性はむしろ否定されるべきであると解する。

またベランダ転落死事案と比較してみると、本事案では行為の一体性が否定されると思われる点は異なるものの、第一行為の作用が尚経過中に、第二行為が介入している点で類似している。その点で、第二行為介入以前に、第一行為の作用により既に結果が発生した可能性のあるクロロホルム事例とは異なる。

右に見たとおり、本事案では既に予定された行為が終了している点において、未遂故意と異なる既遂故意を認めるためには、まさにその行為から結果が発生するとの意思ないし認識が必要とする立場や、故意行為を留保している限り、それ以前の行為から結果が発生した場合には故意既遂犯は否定されとする立場によれば、まさに本事案では、早すぎた結果発生的事案でありながら、例外的に、その齟齬は重要でないこととなり、故意既遂犯が肯定されることになる。行為を終了していない段階、つまり行為者も未だ結果発生を認識していない段階での結果発生の場合とは異なり、行為を終了した行為者に、その後相当因果関係の範囲内で発生した結果についての故意責任を帰属することは、確かに理解し難いものではない。しかしやはり、行為の終了時期に関する（因果）認識が、果たしてそこまで決定的な役割を担いうるものであるのかということについては、疑問なしとしない。被害者の全身に数発の銃弾を撃ち込んだ後、最後にとどめの一発を頭部に撃ち込もうとした寸前に、駆けつけた警察官らに捕らえられた場合、溺死させるべく、港で散々に暴行を加えて瀕死の重傷を負わせ、いざ海に投げ込もうとしたときに、パトカーが到着し、被害者はその後病院で死亡したという場合、これらのケースは果たして殺人未遂にとどまるものであろうか。

他方、故意責任を基礎付けるためには、自己の行為の危険・態様についての具体的な認識を有していたことを要求すべきであり、行為者が結果発生に至った危険を認識していなかった場合、発生した結果についての故意は阻却されるとする立場によれば、この立場が「故意による行為の同時的コントロール」を重視していることからしても、おそらく本事件のような場合についても、既遂犯の成立は否定されるだろう。

蓋し、確かに本事件における最終的な殺害結果は、本来予定された行為の終了後に、実行犯自らによってなされた第二行為の介入に因るものである。がしかし、ここで、この第二行為が、たまたま崖下を歩いていた第三者によって、本当に被害者を助けるべく行われ、同じように自分も落ちそうになって、支えていた手を離れたという場合であったと仮定しよう。すると、それはあたかも、緊急の手術を施したものの助からず、むしろ侵襲がなかった方がいくらかは長く生命を保ったかもしれないといった場合、あるいは、行為者の暴行により被害者の死因となった傷害が形成され、その後不明の第三者により加えられた暴行によって死期が若干早められたとしても、行為者の最初の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定しうるとされた、いわゆる大阪南港事件^③の場合のように、既に相当因果関係判断のレベルにおいて、介入事情の結果発生に対する寄与の程度が問題とされ、しかもその程度は相当小さいと判断されてもおかしくない事案ではなかったかと思われるのである。そのような意味において、行為者の故意への結果帰責のために、事後的因果経過と行為者の因果表象との間の符合を問題にするときにも、実行犯自身の手による意図しなかった行為の介入という点で齟齬が生じているものの、被害者は、実行犯による最初の突き落としによって既に「負傷シテ人事不省ニ陥リ打伏シ居リ到底死ヲ免ルルコト能ハサル」かの状態、あるいは「直ニ水流ニ陥ラスシテ一旦中腹ニ止リタルモ結局其ノ身體弛緩シテ水中ニ転落シ因テ死スルヲ免レサル状態」に至っており、その後第二行為が介入するものの、「叙上ノ状態ノ

自然ノ転帰トシテ果然水中ニ転落シ因テ溺死スルニ至リタリ」というのであるから、事実経過と、崖下の川への（溺死を含む）墜死という実行犯の意図との間には、結果を故意に帰属するに足りる、相当程度の符合があつたといえるものと思われる。

2

ガソリンを撒布後、それにあえて火を放つ行為が行われる以前に、それ以外の火元に引火して、建物の焼燬に至ったという一連の判例がある。^④ いずれの判例も、ガソリンの撒布による放火の着手を認めるとともに、既遂段階までの故意責任を肯定している。これらは早すぎた結果発生というよりもむしろ、実行の着手に関する判例として有名なものであるが、両者が関連し合うことは最初に述べたとおりである。これらの判例においてもまさに、着手時期の前倒しが問題となり、また行為者にとつてみれば、早すぎた実行の着手による早すぎた結果発生ということになる。^⑤

この一連の放火事案に関しては、いずれも行為者は第二行為を予定していた場合であるから、行為の一体性判断をフィクションとして排斥し、まさにこの行為から結果が発生するんだという既遂故意を認める立場からは、既遂犯の成立は否定されることになる。^⑥

思うに、これらの事案は確かに、行為者からすれば、早すぎた実行の着手であり、早すぎた結果発生ということになるが、しかし、いずれの事案も、目的建物は木造か、もしくは内部にベニヤ板張天井やベニヤ板壁などを用いたものであり、十分な量のガソリンの撒布によつて既に、あとはまさに火をつけるだけという、「放火の企図の大半」を終了した状態に至っており、それは被告人の認識においても同じである。予想と異なる火元からの引火という点で、事実と認

識との間に齟齬が生じているが、点火行為自体は、それ以前のガソリン撒布行為と一体として、連続的に行われることが予定され、また実際の他の火元からの引火の時点も同様のものであった限りでは、当該放火行為の全体像の中で、必ずしも決定的な意義を常に与えられなければならないものではなく、その意味で、右の点の齟齬も、必ずしも重大なものと判断されなければならないわけではない。従って、既にガスを放出し、ガソリンを撒布し、いよいよ子供らを避難させたなら火をつけようとして、子供らがいる部屋の襖を開けた途端、その部屋のストーブに引火したという場合であれば、もはや点火の時期・態様におけるずれは、さほど重要な意味を持つとは思われない。そして逆に、妻の家出を悲観し、放火と焼身自殺の意図の下に、木造家屋内の床面の大部分に満遍なく、十分な量のガソリンを撒布したとはいえ、これまでも家出しては短期間で戻ってきた妻からの電話をしばらく待ち、その後覚悟を決めて、最後のタバコに火をつけようとしたところ引火したという場合は、ガソリン撒布行為から点火ないし引火に至る経過に関して、認識と事実との間に、行為像としての十分な符合が認められるかには疑問が残るということになる。

3

被告人らの計画によれば、被害者に睡眠薬を飲ませた後、すりこ木で殴打して気絶させ、その状態を利用して被害者を峠まで車で運び、そこで運転席に座らせて、峠の崖に衝突させるか車もろ共谷間に墜落させて死亡事故に見せかけるはずが、睡眠薬を飲ませた後、眠っている被害者をすりこ木で殴ったところ目を覚まさせてしまい失敗したという事案では、早すぎた実行の着手ないし早すぎた未遂結果発生が問題となっている⁷。あるいは、ガス中毒死させるつもりで、戸に目張りするなどした室内に、中毒死に至るおそれのない天然ガスを漏出させた行為が、ガス爆発事故や酸素欠乏に

よる死を導く危険のある行為だったから不能犯ではないとされた事案でも、早すぎた結果発生が問題となつたわけではないものの、既遂結果発生^⑧の危険という未遂結果を基礎付けるところの客観的事実に関して（あるいはその意味の認識において）錯誤が生じている。

これらに関しては未遂の成立のみが問題となることから、先に見た、既遂故意にのみ、まさにこの行為から結果が発生するとの認識ないし意思を要するとの立場によれば、不能犯の成否の点を別とすれば、未遂犯が成立することには何の問題もない。

しかし、事実具体的な経過とその認識との間の符合の程度如何を問うべきとする立場からは、これらの場合に関して、尚、事実と認識との間の具体的な照合が不可欠だということになる。

前者の事案で裁判所は、「本件の如く数個の連続且つ殺人行為そのものに向けられた一連の計画的行為（従つて茲では例えば本件の場合睡眠薬を入手する行為或は木棒を準備する行為の如きは殺人のための行為であつても殺人そのものに向けられた行為とは謂えない）換言すれば、殺人行為そのものに向けられたということ限定された一連の計画の一つの行為の結果によつて次の行為を容易ならしめその行為の結果によつて更に次の行為を容易ならしめ最終的には現実の殺人行為それ自体を容易ならしめるという因果関係的に関連を持つ犯罪行為の場合においては、これら一連の行為を広く統一的に観察し、最終的な現実の殺人行為そのものの以前の段階において行われる行為についても、それらの行為によつてその行為者の期待する結果の発生が客観的に可能である形態、内容を備えている限りにおいては、前述したとおりその行為の結果は後に発生するであろう殺人という結果そのものに密接不可分に結びついてゐるわけであり、従つてその行為は殺人の結果発生について客観的危険のある行為と謂うことができるから、その行為に着手したときに、殺

人行為に着手したものである」と、そこで、本件犯行について考えてみるに、被害者に飲用させた睡眠薬の量は二〇錠で、それによつては被害者は充分熟睡するに至らなかったことが認められるから、この行為だけでは前記の危険性ある行為とは認められないが、軽いすりこ木であっても、寝ている人の頭部を殴打すれば、場合によつては気絶するに至ることも充分あり得るものと認められ、右殴打行為は前記危険性を有する行為であつたというべく、従つてこの行為に着手した時点において被告人らは、被害者殺害の実行に着手した、と認めている。

4

睡眠薬を飲ませた後、四時間ほど経過した時点で、すりこ木で殴打したところまで、被告人らに錯誤はなく、ただ被告人らは、この時点に至つても尚、まさにこの行為によつて結果が発生するという認識は持ち合わせていなかった。

ここに至つてやはり、既遂故意を認める場合にのみ、まさにこの行為によつて結果が発生するとの認識を要すると解する立場が、なぜ未遂故意を認める場合には、同様の、まさにこの行為によつて未遂結果が発生させるという意思ないし認識が必要だということにならないのかが、改めて疑問となる。

確かに既遂犯の場合には、既遂結果が、行為者がまさにこの行為から発生するだろうと予見していたのとは異なる行為段階から発生したことが、客観的事実を以て実証されることになり、これを見過ごすことは困難である。これに対して、未遂犯の場合には、既遂結果発生 of 危険を基礎付ける事実（未遂結果事実）が、行為者がまさにそれを基礎付けるであろうと予見していたのとは異なる行為段階（ないし経過）から発生したということは、未遂結果たる危険が評価によつて認定されるものであるがゆえに、あからさまな客観的事実によつて実証されるということにはならない。だから

こそ、既遂の場合に事実による抑制に服したのと異なり、ある危険を発生させようとして同種の危険を発生させたのだから、未遂故意を認めてよいという、ダブル・スタンダードを安易に許容する態度に陥っている。このような態度は、理論的に明確化するのが困難な、曖昧な部分については、被告人の不利益に解しても構わないという必罰主義の現れにほかならない。^⑨

既遂故意の場合には、構成要件の結果発生^⑩の認識のみならず、「既遂結果を意思するという心理^⑪」、結果を直接惹起するものとして予定されている行為以前の行為から直接結果が発生したという意味での「相当因果関係の認識^⑫」、「現に行っている自己の行為から直接結果が発生しうるとの認識^⑬」、あるいは「結果発生のために必要であること全てをなした、と思うこと^⑭」といった具体的な因果認識が要求されるにもかかわらず、未遂故意については、「自己の行為によつて被害者の死の危険を招致する意思^⑮」、「既遂結果を生じさせることの認識・認容^⑯」、「行為と結果との間の因果経過についての予見^⑰」があれば足りるとされ、また、例えば窃盗罪で、窃取行為を予定する物色行為に未遂の成立が肯定されていることからすれば、直接的結果惹起行為が予定されている場合でも、それ以前の行為と未遂結果との間に相当因果関係を肯定することができ、従つて未遂の成立を肯定しうるとされている^⑱。最後の論証に関しては、早すぎた結果発生における既遂故意については、そ及禁止という独自の論拠を積極的に持ち出して、既遂結果の故意への帰属が否定されていたのに対し、未遂故意については、判例・学説上、一般的にそうされているからそうだという形で、何ら積極的な論拠づけが示されていないことを指摘しておかなければならない。つまり、なぜ既遂故意と未遂故意とで、異なる基準に基づいて結果が帰属されることが正当化されるのかについて、何らの論拠も示されていないといわざるを得ない。

本事案において裁判所は、すりこ木での殴打から四時間もさかのぼる睡眠薬を飲ませた行為について、それが充分熟睡するに至るほどの行為でなかったと述べて、そこでの着手に足る危険の認定を否定した。しかしむしろ、直接の殺害行為により近い時点に存在する、すりこ木での殴打という一定の重要性を持つ行為に比して、その行為はあまりにも、直接の殺害行為から離れすぎているという考慮が根底に存在していたように思われる。そしてまた、被告人らからすれば、すりこ木での殴打もまた、いつてみれば予備的な段階の行為であり、彼らは更に、被害者を峠まで車で運び、それから車を峠のがけに衝突させるか、あるいは谷間に落とすというところまで、行為を計画していた。すりこ木での殴打の時点で殺害行為の着手を認めるべきかには疑問が残り、早くても車に乗せ、峠へ向けて走り出した時点ではないかと思われるが、殴打の時点に着手があるとして、睡眠薬を飲ませ、四時間後すりこ木で殴打するに至るまでの経過については、行為者らの認識との間に齟齬はない。そして殴打後、気絶した被害者を車で峠まで運んで殺害するという経過は、連続性・関連性からいって、一連・一体のものといえる。それゆえ被告人らの認識によれば、すりこ木での殴打の時点までは、未だ一連の計画的犯行の中途であり、むしろ結果発生に至るまで尚相当の段階を経ることが必要とされているが、その後の経過については、独立した行為段階として捉えるべきというよりも、睡眠薬を飲ませ、すりこ木で殴打する行為と連続する段階であり、それらの延長と捉えるべきであると解する。このとき、確かに、最終結果発生に迫る危険を基礎付けうる行為段階・事実経過に関して、事実と認識との間には齟齬が生じている。しかし、結果発生へと連続する一体的行為が経過する態様そのもの、行為像としての一連の行為段階の経過そのものに関しては齟齬はない。そして、危険を基礎付ける行為段階・事実経過に関する右齟齬も、一体的行為内部で、連続する行為段階において相前後し

ているものである。殴打により気絶させようという段階と、気絶した被害者を車に乗せて運ぶ段階、更には峠で事故を偽装する段階とは、時間的には必ずしも接着しているものとはいえない。しかし深夜、睡眠薬を飲ませた後、眠っている被害者を峠まで運んで事故死を偽装するという場合、峠での偽装工作という、より直接的な結果惹起の段階と、それにとつて決定的な前提である気絶させるという行為段階とに關していえば、いよいよ眠らせた被害者を犯行現場に運び手を下すという、まさに犯罪を執行するという行為経過において、後者の段階もまた、そうした経過の開始時点・開始段階として、直接的結果惹起の危険が増大していく最初の段階だといえることができる。その意味において、危険を基礎付ける行為段階に關する、行為者が予見した峠での事故偽装行為という段階と、実際に認定されたすりこ木での殴打というより早い段階との間の齟齬というものは、故意を阻却すべきほど重大な程度のずれであつたとは言い難く、従つてむしろ、当該未遂結果帰属に足りる程度の符合は存在した、と考えることができる。

6

そしてまた、後者の事案、即ち、ガス中毒死させるつもりで、戸に目張りするなどした室内に、中毒死のおそれのない天然ガスを漏出させた行為が、ガス爆発や窒息による死を導く危険ある行為であつたから、不能犯でないとされた事案についても、右に見た場合と類似して、未遂結果を基礎付ける状況の構成に關して、事実と認識との間に齟齬があり、言い換えれば、その未遂結果を引き起こす行為の意味の認識に關して錯誤が生じていると、いうことができる。

繰り返しになるが、実際に認定された、未遂結果を基礎付ける客観的状況とは、漏出したガスが電気器具などに引火して爆発するという経過を辿る可能性であり、また室内の空気がガスによつて置換されることから、やがては窒息死へ

と至るという経過の可能性であった。これに対し、行為者が表象していた因果経過は、室内に充満させたガスを吸引してのガス中毒死というものであった。

本件の行為を起点として、ガス爆発による死亡に至る経過と、窒息死に至る経過、更にはガス中毒死に至る経過という、三つの経過を想定した場合、それぞれの蓋然性評価は措くとして、それぞれの間の符合・類似性を判断するというのは、非常に困難な作業であるといわざるを得ない。しかし、科学的であることを志向する一般的経験則に照らして判断された、事実と認識との間の行為像としての符合の程度如何こそが、因果的齟齬ある行為経過を故意に帰属させ、故意責任を肯定するための、最も素直で、だからこそ重要な評価であることを認める以上、右類似性を裁判官の立場に立つて評価せざるを得ない。蓋し、その場合、ガス爆発による殺傷という経過の態様というのは、他の二つの経過が人間の呼吸という作用を媒介としていわば体內的に、そして一定の時間経過を伴いつつ進行するものであるのに対して、いわば体外的・瞬間的な態様のものといえる。その意味で、後の二者が体內的にいかなる生理的経過を辿るかという点をいかに評価すべきかといったことも無論問題となりうるが、しかしここではひとまず右の観察に従うこととするならば、ガス爆発による死亡の危険性という認定された客観的経過と、ガス中毒死に至るという行為者の因果表象との間に、故意非難を根拠付けるに足る十分な符合が認められるとはし難く、一方で、窒息死に至るという認定された経過と、ガス中毒死という因果認識との間には、右に述べた意味での一定の類似性を認めることが不可能ではない。そのことは少なくとも、刑法上の故意非難を根拠付けるのに全く不十分なものとまではいえず、その一定の符合が認められた事実に基づき付けられた未遂結果を故意に帰属することを、不能犯が否定される限りににおいて、正当化しうるものであると解する。¹⁸⁾

麻縄で被害者の首を絞め、死んだと思つて、犯行の発覚を防ぐため砂浜まで背負つて運び、そこに放置して帰つた結果、被害者は首を絞められたこともあつて、砂浜の砂を吸つて死亡したという大審院の事案では、裁判所はあくまで、首を絞めた行為と、砂浜への放置行為を経ての死亡の結果との間には因果関係が認められるから、殺人既遂が成立するとだけ述べた。殺人の故意に基づいた、首を絞めるという第一行為からは死の結果は発生せず、また両者間の因果関係に関する重要な錯誤も存在していたこと、砂浜に放置するという第二行為が、死の結果とそれに至る因果関係の認識とを欠いた、死体遺棄の意思に基づく行為であつたこと、更に、元々首を絞めて気絶させてから砂を吸わせて殺すという計画だつたわけでもない本事案において、全行動を一行為とみなすというのは、故意行為の観念に反するなどとした、弁護人寺井俊夫の上告趣意の主張はほとんど顧みられなかつた。この上告趣意が詳細に論じていたように、本事案はいわゆるヴェーバーの概括的故意の場合として問題となるものである。

これに関して興味深いのは、早すぎた結果発生では、まさにこの行為により結果を発生させるとの既遂故意が欠けるとして、既遂結果の故意への帰属を否定した論者でも、このヴェーバーの概括的故意事例に関しては、「因果関係の錯誤の場合と同様に解決しうる。すなわち、行為者の予見した因果経過が相当因果関係の枠内にあるものであり、また現実の因果経過が相当因果関係の枠内にあるときには、両者の食い違いは構成要件的に重要でないから、発生した構成要件該当事実について故意を認めることができることになるのである。この意味で、実際上は、行為者の予見内容を故意となしうるときには、問題はもっぱら相当因果関係の有無により処理されることになる」^②などとする点である。つまり早すぎた結果発生に関しては、例外的に、単なる結果発生の認識のみならず、結果を直接的に惹起する行為段階はどこ

から・いつからなのかという、より詳細な内容における事実と認識との符合が要求されたとしたのに対して、ヴェーバーの概括故意事例に関しては、原則どおり、因果認識も事実的因果経過も共に相当性の範囲内にあったというだけで足りるというのである。しかし論者らは、早すぎた結果発生の場合に関しても、「行為者の予定した結果の招致の方法は相当因果関係の範囲内に」あるから、「認識面からするなら、殺人罪の故意の阻却を認めることはできないと思われる」とか、あるいは、自己のさらに行われるべき行為により結果を惹起する意思・予見が存在することは否定できないなどとして、その場合の行為者表象が、ヴェーバーの概括的故意の場合と変わりが無いことを認めている^④。にもかかわらず、なぜヴェーバーの概括的故意の場合には、早すぎた結果発生の場合には要求された、具体的にどの段階の行為から結果が発生するのかという点に関する、その意味で、より厳密で具体的な事実と認識との間の符合が要求されなくてよいのかということについては、結論の具体的妥当性に対する考慮のほか、特段の積極的な論拠は示されていないといわなければならない。ヴェーバーの概括的故意事例もまさに、結果惹起が具体的にどの行為段階によるのかという点が問題となるケースである以上、むしろやはり、早すぎた結果発生の場合と同様に、その点が具体的に問われるべきと解すべきであって、その点に関する齟齬の程度如何が、行為者の故意への既遂結果帰属にとって、いかに評価されるべきであるかが、やはり個別具体的に検討・判断されるべきである。

思うに、右事案を典型とするような、いわゆるヴェーバーの概括的故意が問題となる場合に関しては、むしろ早すぎた結果発生の場合よりもはるかに厳密な意味での、時間的な接着性、連続性・関連性がある場合に限って、行為を一体とみなして、事実と認識との符合を問題にしようと解すべきである。というのも、早すぎた結果発生の場合が、未だ行為者が結果発生の予見の下に行方を継続している途上での実際の結果発生であるのに対して、ヴェーバーの概括的故意

の場合には、実際の結果発生の特典では、行為者は既に、結果発生の予見の下に行為をしているわけではないからである。この点をわきまえた上で、因果経過に関して、事実と認識との間に、結果を故意に帰するに足りる十分な符合があったかどうか問われなければならない。つまり、人を殺す行為から、その死体を隠す行為への移行の予見可能性（通常性）、そして、その死体を隠す行為から本来予定された最終結果が発生してしまうという経過の予見可能性（通常性）、この一連の流れがたとえ、一般を標準として経験的に、異常とはいえない、ありえないことはない判断されるのだとしても、その一連の経過が、行為者が予想した全体の経過とどれほどかけ離れたものであるのか、両者の間にどれほどの幅があるのか、ということこそ、故意非難として、その結果を予見しながら惹起したものだと言弾する上では、常に必ず問い直されなければならない。その意味において、右判例の事案に関しては、行為者が予見した、第一行為により死の結果が発生するという因果経過と、実際の、第一行為終了後に、行為者自ら犯行発覚を防ぐべく行った死体遺棄としての砂浜への放置行為の介入と、それに基づく砂の吸引による死亡へと至る経過とでは、結果発生へと導く行為の全体像として、両者の間には類似性よりもむしろ大きな不一致が認められるように思われ、従って結果を故意に帰属するに足る十分な符合があるとはなしがたい。

- (1) 大判大正一二年三月二三日大刑集二卷二五四頁。
- (2) 石井・前掲・奈良法学会雑誌三五頁、及び四五頁註（九五）参照。
- (3) 最決平成二年一月二〇日刑集四四卷八号八三七頁。拙稿「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」法学六六卷三号三六六頁参照。
- (4) 静岡地判昭和三十九年九月一日高刑集六卷九一〇号一〇〇五頁、横浜地判昭和五十八年七月二〇日判例時報一一〇八号一三八頁、広島地判

- 昭和四九年四月三日判例タイムズ三一六号二八九頁。
- (5) 石井・前掲・奈良法学会雑誌一一頁以下、同・前掲・現代刑事法九三頁参照。
 - (6) 町野・前掲二三〇頁、宮川・前掲五七六頁、及び西村・前掲六五四頁以下参照。
 - (7) 名古屋地判昭和四四年六月二五日判例時報五八九号九五頁。
 - (8) 前掲・岐阜地判昭和六二年一〇月一五日判例タイムズ六五四号二六一頁。
 - (9) 山口・前掲一三七頁参照。
 - (10) 町野・前掲二三〇頁。
 - (11) 山口・前掲一四一頁。
 - (12) 西村・前掲六五四頁以下。
 - (13) 宮川・前掲五七六頁。
 - (14) 町野・前掲二三〇頁。
 - (15) 西村・前掲六五五頁。
 - (16) 宮川・前掲五七六頁。
 - (17) 山口・前掲一四二頁。
 - (18) 拙稿・前掲・東北法学二二二頁参照。
 - (19) 大判大正一二年四月三〇日大刑集二卷三七八頁。
 - (20) 山口・前掲一三八頁以下。町野・前掲二二九頁も参照。
 - (21) 町野・前掲二三〇頁、山口・前掲一四一頁参照。

四 結語

結果発生を目的とする行為が行われ、それに起因して、行為者が予想したとは異なる経過を辿って結果が発生した

場合、その経過が必ずしも異常とはいえないものである限り、その結果発生は、行為者の行為のせいであると評価することは、必ずしも不思議なことではない。しかしそれは未だ客観的帰責にとどまる。その経過の異常性を見つめつつ、行為者が意図的にやった行為のせいであるというだけでなく、行為者が意図的に惹起した結果であるといえるかどうか、行為者が認容的に惹起した結果であるといえるかどうかを問うの不得低于、文字通りの故意既遂犯としての重い責を帰属せしめる実質を欠くものといわなければならないのではないか。

では、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上で、自動車ごと海中に転落させて溺死させるという意図に反し、クロロホルムの吸引により既に被害者が死亡した可能性があるとの冒頭の事案に関しては、どのように考えるべきであるか。本事案は非常に犯情が重く、その意味で、実務上未遂のみの成立ということは考えにくい場合であったといえる。その感覚を論拠づけるため、高裁及び最高裁は行為の一体性について詳説し、着手時に一体的実行行為の認識があったから足りるとした。高裁が、第一行為と第二行為との間の（車で数分程度の距離であるという）場所的近接を述べたのに加えて、最高裁は、両行為間の経過について複雑な過程は予定されていなかったとも述べて、両行為の一体性を説いたが、更に最高裁は、クロロホルムを吸引させる行為自体の、人の死の結果を発生させる高度の危険性にも言及した。この最後の点は、最高裁が、単に第一行為と第二行為とが一体であると述べるにとどまらず、第一行為の時点で着手を認めうるのと同時に、最終的な結果発生を目的として行った、クロロホルムを吸引させるという第一行為に対する事実認識（クロロホルムを吸引させるという認識）が、海中に転落させるという第二行為に対する事実認識に劣らず、殺害行為の認識たる実質を備えるものであって、第一行為と第二行為とは客観的にも同等に死の結果発生を孕んだ行為であったのと同時に、それぞれに関する認識にも同等の殺害故意としての実質を認めることが可能であって、だ

からこそ、一体とみなしうる行為のうちの、未だ死の結果に直接するものではない行為の時点での実行行為認識をもって、その後の一体的行為の経過から発した結果を帰すことの可能な故意だと評価しうる、といった感覚に裏打ちされて、あえて付言するに至ったのではないかと思われる。そうでなければ、高裁や従来判例のごとく、両行為の一体性についてのみ述べれば足りるはずだからである。最高裁はそのような実質的な意味での符合について述べたが、それは未だ、当該未遂行為が既遂に匹敵する非難に値することを論証しえたとどまり、既遂結果発生に至る一連の経過全体について、これを故意に惹起したものとみなしうるかどうかに関しては、予見された行為経過と実際の経過との間に、一連の行為像としての符合・類似性が肯定されうるかどうかということが、判断されなければならない。これを思うに、問題の中心となるのは、第一行為と第二行為との間の関連性と、連続性・時間的接着性である。両行為間には、殺害の手段としての関連性を十分に認めることができる。しかしむしろ本件事案では、行為者らの予見上も、必ずしも両行為間の連続性が予定されていたとは解されず、実際にも第二行為に至るまでに約二時間の中断があつた。夜間の犯行であれば、二時間の中断は必ずしも長い時間経過であるとはいえないが、その二時間という時間経過は、第一行為の継続としてあつたものではなく、むしろ第一行為が第二行為へと及ぼすべき作用を減弱する、中断的なものとしてあつたとみなすべきと解する。従つて、両行為を一体のものとみなすことは困難であり、だとすると、行為の全体像としての類似性という点でも、クロロホルムを吸引させる行為とは区別されるべき、海中へ転落させる行為による、直接的な死亡結果惹起という行為者の因果表象と、実際に発生した可能性のある、クロロホルムを吸引させた時点での、それによる死亡結果惹起という経過との間には、その実際の経過及び結果が、まさに行為者らの意図の実現であつたといえる程度の類似性・符合を認めることは困難であつて、既遂の結果を行為者らの故意に帰属させるべきではなく、ただむしろ、最高裁が右

のように基礎付けた意味において、既遂の責に匹敵する未遂の責に問われてしかるべきであると解する。第二行為を留保していたかどうかといった画一的な基準のみで、既遂の責を帰属するに十分な因果認識があつたかどうかといった困難な問題が判断され、具体的に妥当な結論が導かれうるかには、疑問なしとしない。

（本学法学部講師）